

MINISTERIO (E INTERESSE) PUBLICO: APROXIMAÇÕES ENTRE O PERFIL CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NO CONTROLE DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

PUBLIC MINISTRY (AND INTEREST): APPROACHES BETWEEN THE CONSTITUTIONAL PROFILE OF THE INSTITUTION AND THE PRINCIPLE OF SUPREMACY OF PUBLIC INTEREST IN THE CONTROL OF THE ADMINISTRATIVE FUNCTION

*Gabriel Lino de Paula Pires**
*Guilherme Gonçalves Alcântara***

Resumo:

Objetiva-se analisar a relação existente entre o novo perfil do Ministério Público, inaugurado após a Constituição Federal de 1988, com o princípio da supremacia do interesse público, diretriz fundamental da função administrativa, enfocando especialmente nos instrumentos que o Ministério Público possui para o controle da Administração Pública.

Palavras-chave: Interesse público. Ministério Público. Sindicabilidade.

Abstract:

The objective is to analyze the relationship between the new profile of the Public Ministry, enlarged after the Federal Constitution of 1988, with the principle of supremacy of public interest as fundamental guideline of the administrative function, focusing especially on the instruments which the prosecution has got to control Public Administration.

Keywords: Public interest. Public ministry. Accountability.

1. Introdução

A revisão dos tradicionais institutos do Direito Público é necessidade que se impõe em razão da permanente evolução das concepções predominantes na ciência do direito.

Ideias desenvolvidas e consolidadas num determinado momento pressupõem determinadas bases filosóficas, as quais, passadas décadas de estudo e

* Mestre e doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Professor de Direito Administrativo e Direito Ambiental no Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente.

** Pós-graduando em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Professor assistente no Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Advogado.

reflexão, frequentemente não são mais as prevalentes no pensamento social e científico dominante.

O direito, fenômeno sociocultural, dinâmico por natureza, sofre dessa síndrome, especialmente acelerada nas últimas décadas.

O Direito Público, por sua vez, cujos estudiosos integram um ambiente sabidamente conservador, já não pode mais negar ou refutar as influências de significativas mudanças nas concepções jusfilosóficas verificadas no hemisfério norte especialmente a partir do pós-guerra e no Brasil mais propriamente após a Constituição de 1988.

As tendências de valorização do intérprete, reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos, constitucionalização do direito, expansão da jurisdição constitucional, dentre outras, trazem então severa exigência de reflexão acerca de institutos já consolidados no Direito Público brasileiro.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é uma das normas sobre as quais se reflete, a nosso ver, não para negar-lhe existência, mas para rever-lhe a conformação, de modo a se vislumbrá-lo compatível com a ordem constitucional vigente.

2. O princípio da supremacia do interesse público

Há alguns anos, vem se conduzindo sério debate acadêmico em torno do princípio da supremacia do interesse público.

Parte da doutrina jurídica nacional advoga a sua extirpação do ordenamento jurídico, argumentando, para tanto, que a supremacia do interesse público sobre o particular representa uma tautologia que produz a concepção de que o cidadão não é participante da formação da vontade coletiva, mas somente mero súdito do Estado – conforme a sistematização política de Hobbes (SARMENTO, 2008, p. 141; BINENBOJM, 2006, p. 102).

Inspirados em administrativistas ingleses e norte-americanos, para quem a história de seus países não testemunhou a construção do princípio em destaque, denunciam o caráter autoritário da noção de “supremacia do interesse público sobre o particular”, pois, segundo o sistema de jurisdição única – adotado no Brasil, inclusive – Administração Pública e cidadão devem estar em pé de igualdade.

Em que pese esta crítica ter substância, seu objetivo final – a extirpação do conceito como princípio normativo do direito administrativo – não parece ser o mais adequado à atual conjuntura da realidade brasileira.

Na esteira da crítica de Maria Sylvia Di Pietro a esta parcela da doutrina, corre-se o risco de, extirpando-se completamente a noção de interesse público e sua supremacia da compreensão e aplicação do direito administrativo brasileiro, torná-lo

num direito administrativo (puramente) econômico, afeito à ideologia neoliberalista (DI PIETRO, 2010, p. 101).

Abandonar o princípio da supremacia do interesse público não parece ser a mais adequada solução, portanto, tendo em vista o compromisso com o resgate dos ideais modernos que a nossa Constituição Federal de 1988 representa (STRECK, 2014, p. 20), a ponto de amiúde ser caracterizada de dirigente, conforme ensina Canotilho (1998).

Nada obstante, o princípio merece uma revisitação, no sentido de uma filtragem hermenêutica, para que não seja recepcionado pelo ordenamento jurídico atual com os ranços autoritaristas denunciados.

Questionar, problematizar, refletir sobre conceitos “prontos”, logo, será fundamental.

2.1 O que é princípio jurídico?

Existem poucos termos mais “batidos” e debatidos no senso comum teórico dos juristas que o de “princípio jurídico”.

Para o positivismo pré-kelseniano, de molde exegético, como o vigorante na França pós-Revolução, no séc. XIX, princípios jurídicos são os princípios gerais do direito, os quais (curiosamente ainda) se encontram na LINDB. Tratam-se de ferramentas a serem utilizadas pelo operador do direito diante de uma suposta lacuna legal para resolução do caso problemático.

Com Hans Kelsen, existe uma guinada paradigmática na teoria do direito. É que Kelsen supera o formalismo e o realismo jurídicos de sua época por meio da criação de um princípio de pureza metodológica, que não visava à aplicação pura do direito (ou do direito “puro”), mas antes seu estudo neutro, anti-ideológico (2013, p. 82).

Como a hermenêutica kelseniana produz uma cisão entre interpretação da norma jurídica como ato de conhecimento e interpretação da norma jurídica como ato de vontade, princípio para Kelsen não possui relevância prática, mas somente gnosiológica, cognitiva, daí a doutrina nomeá-los como princípios jurídico-epistemológicos.

Após a Segunda Guerra, diz-se comumente que os princípios jurídicos ganharam uma reformulação. No Brasil, a (re)apresentação dos princípios jurídicos na ordem normativa surge com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual contém um amplo rol de direitos fundamentais, inúmeros dispositivos programáticos e cláusulas abertas que desafiaram o método subsuntivo de aplicação da lei – daí os “pós-positivismos” e “neoconstitucionalismos” das mais variadas cores e sabores.

Certo é que hoje a noção de princípio jurídico é problemática e paradigmática.¹ Conforme o nosso interlocutor define “Constituição” e “princípios jurídicos” descobrimos em que horizonte de sentido ele se movimenta. Por exemplo, se princípio jurídico for considerado o ponto de partida de uma ciência do direito (administrativo, penal, civil, etc.), estamos na presença de um positivista aos moldes de Kelsen, mesmo que o sujeito sequer tenha lido a *Teoria pura do direito*.

Caso, entretanto, compreendermos princípio como tipo de norma jurídica, aplicável quando nenhuma norma tipo regra se fizer disponível, ou como método de “desempate” entre normas em (aparente) conflito, estaríamos nos movendo num paradigma anterior ao normativista, cujo contexto remonta o século XIX – o positivismo exegético, a jurisprudência dos conceitos.

Quando o assunto é princípios jurídicos, tampouco alguns posicionamentos autoproclamados “pós-positivistas” dão um conceito suficiente, pois associá-los a valores ou interesses do “operador do direito” (judiciário, legislativo ou administrativo), cuja prevalência em um caso individual ou concreto é produto de um juízo ou cálculo solipsista de ponderação/razoabilidade/proporcionalidade, além de pouco inovar em relação ao realismo jurídico pré-kelseniano, não supera, como teoria do direito, o esquema metafísico-positivista-representacional típico do positivismo científico (STRECK, 2009, p. 1-17).

Robert Alexy conceitua os princípios jurídicos como normas ou comandos a serem otimizados com conteúdo de dever ser ideal – *prima facie* – válidos social e juridicamente (ALEXY, 2014, p. 246-247).

Em terras nacionais, um dos pioneiros na pesquisa dos princípios jurídicos após a CF/88 foi Humberto Ávila, para quem os princípios são normas jurídicas finalísticas delimitadoras de um estado ideal de coisas a ser buscado mediante comportamentos institucionais (ÁVILA, 2005, p. 72).

Não muito longe de Alexy e Ávila está Luis Roberto Barroso, que define princípios jurídicos como “normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados” (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 340).

Diante da plurivocidade do conceito princípio jurídico, bem como dos fenômenos do “pamprinciologismo” ou “oba-oba principiológico” que lhe acompanha, o conceito de Lenio Luis Streck – acumulado pelas lições de Friedrich Müller, Ronald

¹ Depois de Thomas S. Kuhn, o termo paradigma é chave central da filosofia da ciência, designando o conjunto específico (e seletivo) de pressupostos e compromissos reciprocamente – e, por vezes, inconscientemente – respeitados pela comunidade de estudiosos de certo ramo da ciência, os quais produzem “ilustrações recorrentes e quase padronizadas de diferentes teorias nas suas aplicações conceituais, instrumentais e na observação”. (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 67).

Dworkin e Hans-Georg Gadamer – é um dos mais interessantes. Como introdução da vida prática das instituições no direito (e no estudo do direito), a identificação dos princípios constitucionais de uma norma jurídica só se afere após a sua aplicação, ente que permite a abertura do ser do direito, em termos heideggerianos.

Assim - embora neste trabalho não seja possível ensaiar o trajeto filosófico que justifica esta posição -, os princípios constitucionais abrem caminho para um direito e uma teoria sobre ele livre da metafísica positivista, pois fundada na hermenêutica filosófica, mais adequada ao paradigma intersubjetivo do Estado Democrático de Direito.

2.2 O que é a supremacia do interesse público sobre o particular?

José Cretella Júnior (2002, p. 57) ensina que os atos administrativos de império foram criados como artifício para deslocar a competência de julgamento das ações de reparação de danos propostas pelos desapropriados na Revolução Francesa contra o Estado para a jurisdição administrativa, independente da judicial no sistema administrativo francês.

Justificou-se, assim, a própria cisão das jurisdições administrativa e judicial na França – existia uma forte desconfiança na magistratura, pois constituída de nobres rancorosos com o novo regime. De outro lado, a própria jurisdição administrativa ficou carente de fonte normativa, porque alheia ao Código napoleônico (de alçada dos magistrados). Daí que comumente se afirma que a teoria do Direito Administrativo é originariamente jurisprudencial, pois fundada sobre os precedentes do Conselho de Estado (DI PIETRO, 2002, p. 18).

O grande problema é que, deste modo, à Administração Pública não se conferia um ‘accountability’ adequado.

A origem histórica da supremacia do interesse público sobre o particular – e suas prerrogativas derivadas: a desigualdade jurídica entre Administração Pública e cidadão, a presunção de legitimidade dos atos administrativos, bem como seu poder discricionário – remonta a anos de construção jurisprudencial em violação ao brocardo *nemo iudex in sua causa potest*.

Há quem associe o surgimento do argumento (não existiam princípios constitucionais nos moldes atuais no séc. XIX) da supremacia do interesse público a uma época de pouco controle (efetivamente) jurídico da Administração Pública, como fazem os críticos do referido princípio.²

² Vide JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 65-84 e; SARMENTO, Daniel. Supremacia do

Entretanto, precisamos nos prender a esta perspectiva? Não é possível resgatar um novo sentido (constitucional) para o princípio da supremacia do interesse público?

Com suporte em Aristóteles, interpretado por Bobbio, podemos encontrar uma noção de interesse público que designa o oposto da busca pelo interesse privado dos homens: o “viver bem” da pólis só se alcança com o esforço coletivo ao bem comum (BOBBIO, 2000, p. 50).

Talvez, de fato, inexista identidade entre a noção de interesse público típica do séc. XIX e a contemporânea, como afirmam Fernando Garrido Falla (1962), Jacques Chevallier (1975, p. 325), Jorge Luis Salomoni (2000, p. 351), Marie-Pauline Deswarte (1998, p. 1.312) e Guylan Clamour (2006, p. 21), na medida em que antigos elementos dominantes no Direito Administrativo (como a liberdade particular ou individual) se substituíram pelos Códigos e Constituições por categorias de “liberdades sociais” ou “públicas”, funcionando, na França atual, como filtro de constitucionalidade das leis (GABARDO, in: DI PIETRO, 2010, p. 38).

Por isto, Maria Sylvia Di Pietro (2010, p. 102) constitui uma das mais fortes frentes de defesa do princípio da supremacia do interesse público, por compreendê-lo como complementar e até necessário à tutela dos direitos fundamentais.

É por esta ideia que conduziremos a conceituação da supremacia do interesse público como princípio jurídico.

2.3 De novo, o que é princípio da supremacia do interesse público?

Com Marçal Justen Filho, podemos elencar exemplos do que não é interesse público:

- a) O interesse público não possui fundamento jurídico único: “A existência de um princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público não acarreta a exclusão de outros” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 115);
- b) Inexiste um conteúdo unitário para o interesse público: “o regime de direito administrativo envolve a afirmação de uma pluralidade de interesses igualmente considerados como públicos” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 116-118);
- c) O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não pode

interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 97-142.

(mais) aludir a um conflito entre direito subjetivo e interesse público, pois este jamais prevalece sobre um direito subjetivo, o qual é oponível não somente à lei, mas ato administrativo (JUSTEN FILHO, 2012, p. 116).

Certo é que, levando em conta as críticas de certo setor da doutrina ao referido princípio jurídico, somadas à paradigmática problemática da “natureza” dos princípios como normas jurídicas, parece ser fundamental não imputar à supremacia do interesse público qualquer abertura ou autorização para a autoridade administrativa agir arbitrariamente.

Trata-se de compreender uma autêntica reviravolta paradigmática no direito.

O direito fundamental a uma resposta correta e o correlato dever por parte da autoridade de se submeter à principiologia constitucional no seu mundo prático (STRECK, 2011, p. 57) desembocam na reinterpretação dos materiais sociais (ou conteúdo) das normas jurídicas - que Kelsen e Hart sempre consideraram anticientíficas ou ideológicas - por parte da teoria do direito e, neste sentido, a noção de supremacia do interesse público, bem como seus cânones interpretativos, tão caros ao positivismo jurídico, não possuem mais espaço neste paradigma enquanto sua função for legitimar o arbítrio da autoridade presumindo *ipso facto* sua legitimidade.

Como já ocorre na França, berço da noção jurídica de supremacia do interesse público sobre o privado, tal princípio não servirá (mais) como “carta branca” ao administrador para agir conforme o seu arbítrio – conforme bem pontua a doutrina que o critica – mas, antes, como baliza norteadora da constitucionalidade de sua ação.

Não à toa Juarez Freitas (2008, p. 315-316) adverte que inexistente discricionariedade livre da autoridade a partir da Constituição Federal de 1988, de sorte que o Estado Constitucional impõe a sindicabilidade efetiva da constitucionalidade dos atos administrativos.

Adequando a noção de supremacia do interesse público com a de princípios jurídicos formada por Dworkin, os quais, conforme ilustra Lenio Streck, atravessam ou “recheiam” os dispositivos legais, “porosos” de sentido *a priori*, é possível chegar à fórmula da indisponibilidade do interesse público, inaugurada na doutrina brasileira por Celso Antônio Bandeira de Mello.

O referido professor reconhece as prerrogativas dadas à Administração Pública – presunção de legitimidade dos atos; poder discricionário; desigualdade jurídica perante o particular, etc. – para satisfação de suas finalidades. Ocorre que, conforme as palavras do jurista:

Estes caracteres, que sem dúvida informam a atuação administrativa, de modo algum autorizariam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse

público sobre o privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce função: a função administrativa (MELLO, 2011, p. 71).

Neste quadro é relevante recordar a lição de Duguit, inspirada em Hauriou e Berthelémy: o Estado não possui direitos (DUGUIT, 1913, p. 39). A noção de *múnus*, como poder que só se efetiva em prol do outro, nunca em particular, está implicada na função administrativa a ponto dos seus poderes merecerem a redesignação de deveres-poderes por Celso Antônio Bandeira de Melo, tendo em vista esse caráter de “assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos” (MELLO, 2011, p. 72).

Também Ruy Cirne Lima (1954, p. 53) destaca que a relação jurídica é algo que se estrutura no influxo de uma finalidade cogente.

Por isso, é importante conceber o princípio da supremacia ou indisponibilidade do interesse público como dever de curar os bens e interesses públicos nos termos das finalidades (constitucionais) a que estão adstritos, noção que acarreta as seguintes consequências:

- a) Obediência aos princípios da legalidade, isonomia, publicidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação e responsabilidade do Estado;
- b) Obrigação de desempenhar a atividade pública e continuá-la;
- c) Submissão dos atos administrativos ao controle interno (autotutela) ou externo (controle jurisdicional);
- d) Obediência à inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos (MELLO, 2011, p. 75).

Tais observações são de fundamental importância para compreender de que maneira o Ministério Público pode exercer um controle de constitucionalidade/legalidade da função administrativa.

Antes disso, contudo, é necessário traçar um breve panorama da instituição em foco.

3. O Ministério Público no paradigma constitucional

Inserido no Capítulo IV (Das funções essenciais à justiça) do Título IV (Da organização dos poderes) do texto constitucional, o Ministério Público (Seção I) recebeu tratamento absolutamente singular, sendo designado pela Constituição como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem

jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, caput).

Diz-se comumente que o art. 127 do texto constitucional atribui ao Ministério Público o qualificativo de instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

Isto, todavia, não indica que o Ministério Público possui conformação jurisdicional. A questão merece reflexão para que se evitem equívocos.

Efetivamente, o Ministério Público associou-se historicamente à função jurisdicional do Estado, exercendo funções típicas do Judiciário. Isto é, ajuizando demandas para as quais foi legalmente legitimado, e atuando como fiscal da lei, nas causas em que não funcionasse como autor, porém houvesse interesse a ser tutelado pelo Parquet.

Essa é, de fato, a impressão que o senso comum teórico dos juristas propõe.

Entretanto, não é esta a constitucional conformação do Ministério Público brasileiro, tampouco representa ela a realidade cotidiana da instituição.

Isto porque a Constituição Federal de 1988 estabelece as funções ministeriais, arrolando uma série de competências ou atribuições que extrapolam os estritos limites do processo jurisdicional.³

Sobre o Ministério Público e sua definição constitucional, Medauar observa que a “Justiça”, como valor e prática, se efetiva na sociedade não somente pela via jurisdicional.

Cabe a todos os Poderes, órgãos e entidades estatais, a realização da Justiça com os mecanismos que lhes são próprios. O Ministério Público realiza a Justiça também por meio do exercício de suas funções extrajudiciais. Daí se apresentar reducionista a caracterização que lhe dá o art. 127 da Constituição Federal, quando menciona a presença essencial do Ministério Público ligado à função jurisdicional, nos moldes seguintes: ‘O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’. Melhor teria sido a expressão essencial à

³ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) II - *zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia*; III - *promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*; (...) VI - *expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva*; VII - *exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior*; VIII - *requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais*; IX - *exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*” (grifo nosso).

realização da Justiça na sociedade. (MEDAUAR, 2012, p. 167).

Assim, o Ministério Público deve representar a uma instituição que se ponha à frente dos problemas sociais, buscando identificar suas causas, agindo de modo preventivo, pois um Ministério Público meramente reativo não se adequa à resolução dos complexos problemas sociais atuais.

3.1 Macrofinalidades da instituição

A normatividade da principiologia constitucional conduz o Parquet para um agir preventivo – ou proativo – ao invés do famigerado agir somente reativo. No mesmo sentido segue a atuação política (não judicial) e resolutive (na contramão do demandismo).

Desde o início da década de 1990 até os dias atuais, vem, assim, o Ministério Público brasileiro desempenhando papel destacado no cenário jurídico e político do país.

Esta atuação incisiva tem em seu nascedouro e como causa determinante o perfil dado à instituição pela Constituição Federal de 1988.

De um lado, atribuiu-se ao Parquet funções institucionais de alta relevância, no objetivo de formar uma instituição representante dos interesses da sociedade (art. 129, incisos II e III, CF/88). De outro, conferiu-se ao órgão e a seus membros um conjunto de garantias e prerrogativas tendentes a lhes dar sustentação para uma atuação firme e eficiente (art. 128, § 5º, CF/88).

Às tradicionais funções de promoção da ação penal pública e de atuação em prol de interesses individuais indisponíveis, foram adicionadas outras novas e relevantíssimas funções, como as ligadas à defesa dos chamados interesses sociais, os quais têm como expressão o disposto nos incisos II e III do art. 129 da Constituição Federal.

Sob a perspectiva de tais disposições constitucionais, abordar-se-á, brevemente, os instrumentos legais postos à disposição do Ministério Público para o verdadeiro controle da função administrativa do Estado.

Complementares à Constituição Federal de 1988, existe uma série de leis e outros atos normativos que incumbem e regulamentam o exercício de outras dezenas de funções do Ministério Público, ratificando o desenho constitucional da instituição.

Baseado em Hugo Nigro Mazzilli, é possível aferir que a real extensão dos poderes do Ministério Público se revela, na verdade, como consequência do regramento

constitucional dado à instituição, das garantias e instrumentos conferidos aos órgãos e membros do Ministério Público.⁴

Comum, aliás, a analogia que se faz em relação ao ombudsman, o qual, embora diferente da instituição Ministério Público brasileiro, especialmente por ser vinculado ou escolhido pelo Poder Legislativo, assemelha-se ao Parquet pela comunhão do aspecto finalístico de sua atuação, qual seja: a postulação e defesa de direitos dos cidadãos, especialmente em face do próprio Poder Público.

3.2 Controle da Administração Pública e seus instrumentos

É preciso assentar que a designação constitucional do Ministério Público como defensor dos interesses sociais (art. 127, caput) e a atribuição ao órgão das funções de defesa dos interesses difusos (art. 129, II) e tutor dos direitos constitucionais em face dos Poderes Públicos não deixam dúvidas sobre sua vocação para o controle da função administrativa (art. 129, III).

Conforme exaustivamente destacado, a própria Constituição Federal estabelece as funções ministeriais, arrolando uma série de competências ou atribuições que, em princípio, extrapolam inclusive os estritos limites do processo jurisdicional.⁵

⁴ “A opção do constituinte de 1988 foi, sem dúvida, conferir um elevado *status* constitucional ao Ministério Público brasileiro, quase o erigindo a um *quarto Poder*: desvinculou a instituição dos Capítulos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário; fê-lo instituição permanente, essencial à prestação jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e a do próprio regime democrático; cometeu à instituição zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; erigiu à condição de crime de responsabilidade do presidente da República seus atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público, colocando-o assim lado a lado com os Poderes de Estado; impediu a delegação legislativa em matéria relativa à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira e à garantia de seus membros; conferiu a seus agentes total desvinculação do funcionalismo comum, não só nas garantias para escolha, investidura e destituição do procurador-geral, como para a independência de atuação; concedeu à instituição autonomia funcional e administrativa, com possibilidade de prover diretamente seus cargos; conferiu-lhe iniciativa do processo legislativo para criação de cargos e também para organização da própria instituição, bem como iniciativa da proposta orçamentária; em matéria atinente ao recebimento dos recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias, assegurou ao Ministério Público igual forma de tratamento que a conferida aos Poderes Legislativo e Judiciário; assegurou a seus membros as mesmas garantias dos magistrados, impondo-lhes iguais requisitos de ingresso na carreira e idêntica forma de promoção e de aposentadoria, bem como semelhantes vedações; conferiu-lhe privatividade na promoção da ação penal pública, ou seja, atribuiu-lhe com isso parcela direta da soberania do Estado; assegurou ao procurador-geral da República, par a par com os chefes de Poder, julgamento nos crimes de responsabilidade pelo Senado Federal” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 103. grifo do autor).

⁵ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) II - *zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição*, promovendo as

Mas tal desenho institucional não se vê somente na Constituição. Também a legislação infraconstitucional vigente apresenta atribuições compatíveis com as finalidades do Ministério Público.⁶

Evidente que, o Ministério Público, utilizando-se de instrumentos judiciais e extrajudiciais que a lei lhe confere para adotar medidas em relação à Administração, acaba ele por exercer atividade de controle sobre os atos da Administração Pública.

Adota-se a expressão “controle” na dupla acepção da palavra exposta por Medauar:

Em acepção restrita, considera-se controle a atividade que possibilita a edição de ato ou medida pelo agente controlador em decorrência do confronto que realizou. Daí o conceito seguinte: Controle da Administração Pública é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado.

Em acepção ampla, o controle significa a verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete, do ponto de vista jurídico, a decisão ou o agente (MEDAUAR, 2012, p. 30).

Observe-se: o Parquet, no mais das vezes, tem a possibilidade de extrajudicialmente adotar e propor medidas com vistas à correção de rumos da Administração Pública.

Portanto, o controle exercido pelo Ministério Público se enquadra até mesmo na acepção restrita da palavra controle, já que o instrumento utilizado pelo órgão, dotado ou não de coercitividade em relação à Administração, caracteriza a ação ministerial como de controle.

medidas necessárias a sua garantia; III - *promover o inquérito civil* e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...) VI - *expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los*, na forma da lei complementar respectiva; VII - *exercer o controle externo da atividade policial*, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - *requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial*, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - *exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade*, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas” (grifo nosso).

⁶ É o caso das disposições contidas no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85 (institui o compromisso de ajustamento de conduta), no art. 50, § 12, da Lei n. 8.069/90 (determina fiscalização do Ministério Público sobre o cadastro de pretendentes à adoção), no art. 57, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95 (possibilita que o Ministério Público referende acordos extrajudiciais, dando-lhes força de títulos executivos), nos arts. 17, 19, 45, 50, XIII, 52, 60 e 74 na Lei n. 10.741/09 (estabelecem várias atribuições ministeriais na defesa dos idosos, especialmente na esfera extrajudicial), dentre outras.

Mesmo que, no campo extrajudicial, seja possível ao Parquet, eventualmente adotar medidas que não vinculam a Administração Pública, não se afasta a característica intrínseca da atividade de controle realizada, qual seja: propiciar o exame dos atos da Administração Pública, bem como sua conformidade com o Direito.

Indubitável, logo, que tanto em razão dos traços constitucionais do órgão, como em função das inúmeras atribuições legais que apontam em tal sentido, o Ministério Público exerce controle sobre a função administrativa estatal e só exercendo tal controle pode cumprir com excelência suas missões institucionais.

Com efeito, um dos principais meios de controle da Administração Pública seria a impetração de demandas jurisdicionais. No entanto, a mera postura de condutor de demandas ao Judiciário não atende plenamente às finalidades constitucionais do órgão ministerial.

Neste sentido, existem instrumentos de atuação extrajudicial a disposição do Ministério Público para a aproximação do perfil anterior – condutor de demandas – a um novo modelo resolutivo de conflitos.

Exemplificam-se os principais instrumentos de atuação extrajudicial do Ministério Público passíveis de utilização no controle da Administração Pública.

- a) Atendimento ao público, representações e petições diversas.⁷
- b) Inquérito civil: Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e Constituição de 1988.
- c) Compromisso de ajustamento de conduta: Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85); Resolução n. 23 do CNMP.
- d) Recomendações: art. 27, parágrafo único, IV, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93) e Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/93), art. 6º, XX.
- e) Audiências Públicas: Resolução n. 82, de 29 de fevereiro de 2012 do Conselho Nacional do Ministério Público.
- f) Notificações e requisições: CF/88, art. 129, VI e VIII, Lei n. 8.625 de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) art. 26.

⁷ A título de exemplo: o art. 6º da Lei n. 7.347 de 1985 (Lei de Ação Civil Pública); o art. 27, parágrafo único, I, da Lei n. 8.625 de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); o art. 121, II, da Lei Complementar do Estado de São Paulo n. 734 de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo); os arts. 14 e 22 da Lei n. 8.429 de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa); o art. 27 do Decreto-lei n. 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal); o art. 89 da Lei n. 10.741 de 2003 (Estatuto do Idoso); e o art. 101 da Lei n. 8.666 de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

g) Outros procedimentos administrativos⁸;

Todos estes são mecanismo de controle do Ministério Público sobre a função administrativa.

4. O Ministério Público e o interesse público

Assentamos que tanto em razão dos traços constitucionais do órgão, quanto em função das inúmeras atribuições legais que apontam em tal sentido, o Ministério Público exerce controle sobre a função administrativa estatal.

Essa conclusão se fez mediante a análise do art. 129, da Constituição Federal de 1988, o qual desenha, entre outras atribuições do Parquet, as de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (inc. II); promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (inc. III); exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior (inc. VI); exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (inc. IX).

Por outro lado, também deixamos claro que o princípio da supremacia do interesse público não possui fundamento (ou conteúdo) jurídico único que exclua os demais princípios jurídicos e ou interesses plurais igualmente considerados como públicos, tampouco pode se basear num conflito entre direito subjetivo e interesse público (JUSTEN FILHO, 2012, p. 150-154).

Daí que o Ministério Público não está – na função de zelo pelo efetivo respeito da Administração Pública frente aos direitos individuais, por exemplo – em posição conflitante com o princípio da supremacia do interesse público, pois este não se efetiva “cancelando” direitos fundamentais individuais, mas antes os tutelando e reforçando.

⁸ Lei Complementar Estadual n. 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo): Art. 104 - No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes (...); Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público): Art. 26 - No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes (...); Lei Complementar n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União): Art. 7º - Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: I – instaurar inquérito civil e outros procedimentos correlatos.

Vale recordar que no atual estágio (constitucional) do Estado de Direito, os poderes Legislativo, Judiciário e Administrativo estão vinculados ao texto constitucional, tendo suas margens de discricionariedade – senão anuladas – balizadas pelos preceitos da CF/88.

Outrossim, também o controle da função administrativa é um dever-poder, na nomenclatura de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 72), porque indisponível ao interesse público, que pode ser traduzido no “patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” elencados no inciso III, do art. 129 (CF/88).

Inclusive, as finalidades da postulação e defesa de direitos dos cidadãos, especialmente em face do próprio Poder Público, que aproxima o Ministério Público do ombudsman, denota que aí existe orientação pelo princípio da supremacia do interesse público.

Nesta linha de raciocínio, uma vez que no Estado de Direito inspirado pelo Constitucionalismo Contemporâneo não existe decisão administrativa insindicação, o ‘controlador’ da função administrativa, seja a própria Administração, seja o Parquet, seja o Judiciário, faz as vezes de administrador negativo, devendo avaliar o (de)mérito do ato administrativo à luz dos princípios constitucionais, dentre eles, o da supremacia e indisponibilidade do interesse público (FREITAS in: DI PIETRO; RIBEIRO (Coord.), 2010, p. 314).

Vale anotar que a Lei Complementar Estadual n. 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo), no seu art. 104, a Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), no seu art. 26, e a Lei Complementar n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), no seu art. 7º, instituem que no exercício de suas funções, o Ministério Público poderá instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes à defesa do interesse público.

O Ministério Público, neste contexto, pode exercer controle sobre a função administrativa por via indireta quando, por exemplo, participa do controle jurisdicional, provocando a incidência do órgão judicante mediante ação civil pública. Ou, o controle pode se dar diretamente, amparado pelo princípio da autotutela, reconhecido pelas súmulas ns. 346 e 473, do STF, que se dá mediante processo revisionista (revisão interna, autorrevisão ou reapreciação administrativa) (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 299).

Em ambos os casos, o princípio da supremacia do interesse público (e sua indisponibilidade) se encontra presente, pois no controle indireto - via ação civil pública, por exemplo - a atividade ministerial não visa somente a recomposição material do patrimônio público lesionado, mas também a preservação da legalidade-moralidade-razoabilidade da função administrativa (PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1998, p. 28).

E, no controle direto – via procedimentos administrativos, recomendações ou audiências públicas – é evidente que também existe amparo no princípio da supremacia do interesse público, tendo em conta que toda fiscalização administrativa é exercida, sem dúvida, visando proteger os direitos dos administrados e assegurar o bem estar social (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 300).

5. Conclusão

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é ainda reconhecido por grande parte da doutrina jurídica nacional como fundante do direito público brasileiro.

Sua existência e seu reconhecimento permanecem relevantes, na medida em que funciona tal norma como força que deve obstar o sequestro dos interesses coletivos em benefício exclusivo de indivíduos ou grupos estrategicamente privilegiados.

Observa-se, porém, que o conteúdo que efetivamente se lhe reconhece é um dado que se altera no tempo, na história, a depender das tendências predominantes no pensamento jurídico nacional.

Ninguém duvida, nos dias atuais, da relevância de se estabelecer, pelo próprio Estado, adequada proteção dos mais variados direitos subjetivos, de modo que o interesse público também passa a ser representado pela atividade de adequada tutela de direitos dos cidadãos.

O que não se admite, por óbvio, é que a supremacia do interesse público justifique ou albergue posturas estatais nitidamente autoritárias, incompatíveis com o perfil atual do Estado brasileiro.

O Ministério Público, em sua diuturna atividade de controle da Administração Pública, deve também ter em conta a relevância da supremacia do interesse público, atentando ainda para seu conteúdo, permeado pelos diversos princípios da Constituição de 1988.

Presidente Prudente, abril de 2016.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 327-378.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Brasília: UnB, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CHEVALLIER, Jacques. L'intérêt general dans l'administration française. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Bruxelles, v. 41, n. 4, p. 325-340, 1975. p. 325.

CLAMOUR, Guylan. *Intérêt general et concurrence*. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché. Paris: Dalloz, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. 2 ed. atual., ampl. e rev. Rio de Janeiro: Forense. 2002. v. 2. (Teoria do ato administrativo).

DESWARTE, Maria-Pauline. Intérêt general, bien commun. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L'Étranger*, Paris, n. 5, p. 1.289-1.313, sep./oct. 1988. p. 1.312.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 10, p. 1-24, jan. 2002.

DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Armand Colin, 1913.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Traducción del alemán por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Las transformaciones del régimen administrativo: estudios de administración*. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1962.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 3. ed. Porto Alegre: Editora Sulina, 1954.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

SALOMONI, Jorge Luis. Interés público y emergencia. *Actualidad en el derecho público*, Buenos Aires, n. 18-20, p. 135-165, enero/dic. 2000. p. 135-136.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.